

Sygn. akt: KIO 1670/14

**WYROK**

**z dnia 28 sierpnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk**

**Członkowie: Katarzyna Brzeska**

**Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Zakład Usługowo - Wytwórczy Izotop – Service Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Impel Tech Solutions Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Biskupa Wronki 7, 80-808 Gdańsk (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Gdański, ul. Bażyńskiego 1a, 80-952 Gdańsk (Zamawiający)**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przembud Gdańsk S.A. (Lider Konsorcjum), Andrem AB Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Litewska 15, 80-719 Gdańsk (Przystępujący), zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu, tj. Uniwersytetowi Gdańskiemu, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie części I zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu we wskazanej części zamówienia i dokonanie czynności wykluczenia z postępowania ze wskazanej**

**części zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przembud Gdańsk S.A (Lider Konsorcjum), Andrem AB Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Gdańsku;**

2. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Gdański, ul. Bażyńskiego 1a, 80-952 Gdańsk** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Zakład Usługowo - Wytwórczy Izotop – Service Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Impel Tech Solutions Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Biskupa Wronki 7, 80-808 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od **Uniwersytetu Gdańskiego, ul. Bażyńskiego 1a, 80-952 Gdańsk** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Zakład Usługowo - Wytwórczy Izotop – Service Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Impel Tech Solutions Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Biskupa Wronki 7, 80-808 Gdańsk** kwotę **24 201 zł 77 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące dwieście jeden złotych siedemdziesiąt siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kwoty wpisu uiszczonego od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## **Uzasadnienie**

Uniwersytet Gdański (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Dokończenie robót budowlanych zadania pn.: „Budowa budynku dydaktycznego i administracyjnego Uniwersytetu Gdańskiego w Gdańsku w podziale na zadanie 1: Budowa Budynku Neofilologii Wydziału Filologicznego w ramach Kampusu Bałtyckiego Uniwersytetu Gdańskiego w Gdańsku; zadanie 2: Budowa Budynku Administracji Centralnej Uniwersytetu Gdańskiego w Gdańsku” w podziale na 4 części”*. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 14 czerwca 2014 r. pod nr 2014/S 113-198236.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Zakład Usługowo - Wytwórczy Izotop – Service Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Impel Tech Solutions Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Gdańsku (dalej: „Odwołujący”) w dniu 14 sierpnia 2014 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołanie dotyczy części I zamówienia (*„Dokończenie robót branży teletechnicznej wewnętrznej i zewnętrznej wraz z serwisem, przeglądami oraz konserwacją w okresie gwarancji, zgodnie z wymaganiami, przepisami i zaleceniami producenta w celu utrzymania ciągłej sprawności i zachowania warunków gwarancji”*). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę wniesionego odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu faksem w dniu 5 sierpnia 2014 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 14 sierpnia 2014 r. Do postępowania odwoławczego w dniu 18 sierpnia 2014 r. (17 sierpnia 2014 r. – niedziela) do Prezesa Izby swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przembud Gdańsk S.A. (Lider Konsorcjum), Andrem AB Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Gdańsku (dalej: „Przystępujący”). Kopia zgłoszenia przystąpienia zastała przekazana stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 26 sierpnia 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie, w zakresie części nr 1 zamówienia, następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego, przez uznanie uzupełnień złożonych przez tego wykonawcę za wystarczające do uznania, że spełnia on warunki udziału w niniejszym postępowaniu, podczas, gdy wykonawca ten nie spełnia tych warunków;
- 3) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, poprzez uznanie Zamawiającego, że Przystępujący, udowodnił, iż będzie dysponowało niezbędnymi do realizacji zamówienia;
- 4) § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) (dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”), poprzez uznanie, że Przystępujący będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia;
- 5) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, która jest najkorzystniejsza spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł, w zakresie części nr 1, o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenie Przystępującego z udziału w postępowaniu;
- 4) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że czynność wyboru oferty Przystępującego w postępowaniu w zakresie części nr 1 zamówienia jest nieprawidłowa bowiem wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą (Przystępujący) podlega wykluczeniu z postępowania z powodu braku wykazania spełniania ustalonych w postępowaniu warunków dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia opisanych w rozdziale VI pkt 1 ppkt 2, str. 7 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Odwołujący podkreślił, że Przystępujący w złożonej ofercie przedstawił oświadczenie o udostępnieniu potencjału (str. 187-189 oferty), zawierające informacje o robotach budowlanych, dotyczących podmiotu Elektrobud Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (dawniej Andrem Sp. z o.o.). W związku z tym, iż przedstawione przez Przystępującego oświadczenie o udostępnieniu potencjału (str. 187-189 oferty), w ocenie Zamawiającego, nie zawierało informacji, pozwalających stwierdzić, czy wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, Zamawiający pismem z dnia 1 sierpnia 2014 r. wezwał Przystępującego do uzupełnienia zobowiązania podmiotu Elektrobud Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji wybranego wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, zgodnego z rozdziałem V pkt 1.6. lit. b) SIWZ. W tym zakresie Zamawiający powołał się także na postanowienia rozdziału V pkt 1.5 SIWZ. W odpowiedzi na to wezwanie Zamawiającego Przystępujący przedstawił zobowiązanie do oddania do jego dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia Elektrobud Sp. z o.o. o określonej treści. W ocenie Odwołującego Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu bowiem nie wykazał, że będzie miał realną możliwość korzystania z tego potencjału w trakcie realizacji danego zamówienia. Odwołujący odniósł się do właściwego – według niego – rozumienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, które zostało nadane tej regulacji wprowadzonymi przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów i § 1 ust. 6 tego rozporządzenia, gdzie wskazuje się na możliwość żądania przez Zamawiającego określonych dokumentów dotyczących w szczególności: zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia; charakteru stosunków, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem i zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Odwołujący podkreślił, że regulacja ta została wprowadzona w celu oceny przez Zamawiającego, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy łączący wykonawcę z tymi podmiotami stosunek gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Wskazał w tym względzie na uzasadnienie do projektu niniejszego rozporządzenia (str. 13), jednocześnie przywołując

orzeczenie KIO 2292/13. Odwołujący podniósł też, że Zamawiający w SIWZ wskazał, że przeprowadzi badanie udostępnianego potencjału podmiotu trzeciego właśnie przez pryzmat § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Okoliczności, o których mowa w tym przepisie, w ocenie Odwołującego, nie zostały wykazane przez Przystępującego, tak w ofercie, jak i na skutek wezwania go przez Zamawiającego do wyjaśnienia, jak również, uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Przedłożone przez Przystępującego dokumenty, tj. zobowiązania podmiotu trzeciego, zdaniem Odwołującego, nie wykazują powyższych okoliczności, a jedynie w sposób literalny przywołują art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w treści zobowiązania podmiotu trzeciego, wskazując jedynie dodatkowo na przedmiot niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nazwę Zamawiającego. Z treści wskazanych zobowiązań – jego zdaniem - wprost nie wynika, jakie konkretnie zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia zostały udostępnione przez Elektrobud Sp. z o.o. Przystępującemu, gdyż oświadczenia wskazują generalnie na udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, zaś podmiot trzeci nie określił, jakie to miałyby być zasoby wiedzy i doświadczenia. Wskazał, że zobowiązanie przedłożone w wyniku uzupełnienia dokumentów również nie odwołuje się do takich okoliczności, na które wskazuje się w § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jak choćby do zakresu i okresu udziału firmy Elektrobud Sp. z o.o. przy wykonywaniu niniejszego zamówienia, czy też charakteru stosunku, jaki będzie łączył te dwa podmioty w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Według niego przywołany w uzupełnionym zobowiązaniu sposób wykorzystania zasobów wiedzy i doświadczenia przez Przystępującego także nie został przez podmiot udostępniający w sposób wiarygodny wykazany; w zobowiązaniu wskazuje się bowiem jedynie na doradztwo, konsultacje, weryfikację dokumentacji świadczone w ramach współpracy, zaś Przystępujący nie wykazał, czy to poprzez treść wskazanego zobowiązania, czy też inne dokumenty (dowody), na czym faktycznie owo doradztwo miałoby polegać i jak byłoby wykonywane w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący podkreślił, że w świetle tak art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jak i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ciężar wykazania - w pierwszym przypadku dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego i wykorzystaniem tego potencjału w trakcie realizacji zamówienia, w drugim przypadku - spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym co do wiedzy i doświadczenia, w tym także w sytuacji opierania się w tym zakresie przez wykonawcę na potencjale podmiotu trzeciego - spoczywa na wykonawcy. Ponadto Odwołujący, powołując się na orzeczenie KIO 1439/13 podkreślił, że § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów wymaga podania szczegółowych elementów relacji między wykonawcą a podmiotem trzecim, jaką zwykle przybiera postać „zobowiązania podmiotu trzeciego”, tj. podania sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez

wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Dokument ten musi konkretyzować relację między jego stronami - powinno z niego wynikać, w jakim zakresie podmiot udostępniający będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, i nie chodzi tylko o wskazanie, że będzie to podwykonawstwo, ale także o określenie jego zakresu - czynności wykonywanych przez podmiot udostępniający zasoby, okresu tego świadczenia, a także relacji, jaka łączy go z wykonawcą, a wszystkie elementy, jakie ustawodawca przewidział we wskazanym przepisie mają służyć przekonaniu Zamawiającego, że na etapie składania oferty wykonawca znajduje się w takiej sytuacji, że łączący go z innym podmiotem stosunek prawny pozwala na jednoznaczną ocenę, że wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz, że stosunek, który łączy wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

Swoje stanowisko Odwołujący podtrzymał w toku rozprawy, wnosząc o uwzględnienie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający w piśmie z dnia 25 sierpnia 2014 r. złożonym do akt sprawy przedstawił pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

W piśmie tym wskazał na konkretne postanowienia SIWZ odnoszące się do opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz zapisy dotyczące korzystania z potencjału podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania tego warunku oraz na czynności, które podejmował w odniesieniu do oferty Przystępującego w toku czynności badania i oceny ofert. Podkreślił, że na etapie składania ofert nie żądał dokumentów i oświadczeń dotyczących szczegółowych zasad współpracy, sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, ograniczył się jedynie do zawartego w uregulowaniu ustawowych żądań złożenia dokumentu potwierdzającego zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów na czas realizacji zamówienia, zatem na etapie badania i oceny ofert Zamawiający nie mógł formułować wymagań dotyczących złożonych innych dokumentów niż tylko wskazanych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz w rozporządzeniu w sprawie dokumentów. Podkreślił, że art. 26 ust. 2b ustawy Pzp pozostawia wykonawcom dowolność co do sposobu udowodnienia rzeczywistego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, ustanawiając otwarty katalog środków dowodowych służących potwierdzaniu udostępniania zasobów i takim dowodem może być każdy dokument, z którego wynika jednoznacznie wiążące zobowiązanie się podmiotu

trzeciego do udostępnienia zasobu na czas realizacji zamówienia. Podkreślił, że ustawodawca posłużył się w tym zakresie sformułowaniem: „będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji” co – jego zdaniem – wskazuje, że do faktycznego udostępnienia dojdzie dopiero na etapie realizacji zamówienia, co oznacza, że na etapie składania ofert wystraszające jest złożenie samego pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji zasobów i brak jest konieczności podawania konkretnych warunków porozumienia (np. przyszłej umowy). W jego ocenie udział podmiotu trzeciego w niniejszym postępowaniu (firmy Elektrobud Sp. z o.o.) ma charakter rzeczywisty, realny, a o jego realności świadczy już sama treść złożonego zobowiązania z dnia 21 lipca 2014 r., w którym podmiot ten udostępnia zasoby w szczególności posiadania wiedzy i doświadczenia, wskazując, że udostępnienie to będzie obejmowało zasoby *„w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia poprzez doradztwo i konsultacje, weryfikację dokumentacji, na zasadzie współpracy z Konsorcjum Wykonawców na podstawie umowy o współpracy, przez cały okres niezbędny do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia”*. Powyższe, jego zdaniem, wskazuje na faktyczny udział Elektrobud Sp. z o.o. w realizacji przedmiotowego zamówienia, a samo oświadczenie woli podmiotu trzeciego jest wystarczającym dowodem świadczącym o udostępnianiu zasobów na czas realizacji zamówienia, zaś dodatkowo o realności udziału podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotowego zamówienia świadczą złożone przez Przystępującego dokumenty wymagane dla wykonawców potwierdzające, że Elektrobud Sp. z o.o. będzie brała udział w realizacji przedmiotowego zamówienia zgodnie z pkt 1.7 rozdziału V SIWZ, tj. dokumenty podmiotowe odnoszące się do tego podmiotu. Na potwierdzenie swojego stanowiska Zamawiający przywołał orzecznictwo: wyrok KIO 1439/13, wyrok KIO 2030/13, uchwała KIO/KU 53/14, wyrok SO w Słupsku IV Ca 175/14, wyrok SO w Warszawie V Ca 3036/10, wyrok SO w Warszawie V Ca 243/13, a także opinię prawną UZP ze strony internetowej z dnia 3 stycznia 2014 r. dotyczącą zakresu dokumentów jakie przedstawia wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych, w sytuacji, w której korzysta z potencjału podmiotu trzeciego.

Zamawiający w toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą.

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia popierał stanowisko Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania .

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko, i wniósł o oddalenie odwołania, wskazując dodatkowo na powiązania i zależność osobową firmy Elektrobud Sp. z o.o. (podmiotu trzeciego) i członka Konsorcjum Przystępującego (Andrem AB



Sp. z o.o.), co – jego zdaniem - wskazuje, że podmiot trzeci nie jest zupełnie obcą firmą dla Przystępującego. Wskazał, że prezes firmy Elektrobud Sp. z o.o. od 2013 r. jest pełnomocnikiem ustanowionym notarialnie do podejmowania czynności prawnych w imieniu Andrem AB Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Zaskarżone przez niego czynności dotyczą zaniechania wykluczenia z postępowania, z części pierwszej zamówienia, Przystępującego, co bezpośrednio pozbawiało Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia we wskazanej części zamówienia. Tym samym Odwołujący wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, co stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła również skuteczność zgłoszenia przystąpienia dokonanego w przedmiotowej sprawie po stronie Zamawiającego, uznając, że wszystkie wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały przez Przystępującego wypełnione.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że jest ono zasadne.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 14 czerwca 2014 r.

W postanowieniach SIWZ (rozdział IX pkt 10) Zamawiający przewidział możliwość składania ofert częściowych na każdą z czterech części zamówienia. Rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy części I zamówienia - *„Dokończenie robót branży teletechnicznej wewnętrznej i zewnętrznej wraz z serwisem, przeglądami oraz konserwacją w okresie gwarancji, zgodnie z wymaganiami, przepisami i zaleceniami producenta w celu utrzymania ciągłej sprawności i zachowania warunków gwarancji”*. Zamawiający w rozdziale IV pkt 2 SIWZ dokonał opisu warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 21 lipca 2014 r., do Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w zakresie części I zamówienia swoje oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący i Przystępujący. Przystępujący w swojej ofercie dla wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego, tj. firmy Elektrobud Sp. z o.o., składając wraz z ofertą (str. 187-189 oferty) zobowiązanie tego podmiotu zawierające wykaz zrealizowanych konkretnych inwestycji przez tę firmę i wskazanie, że wskazana firma oddaje *„do dyspozycji Wykonawcy zamówienia niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu niżej wymienionego zamówienia”* (wskazano nazwę niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 29 lipca 2014 r. zwrócił się do Przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp m.in. o wyjaśnienie kwestii celu, w jakim owo zobowiązanie podmiotu trzeciego (Elektrobud Sp. z o.o.) zostało złożone w ofercie Przystępującego, a jednocześnie w jakim celu załączono dokumenty podmiotowe dotyczące tego podmiotu. W odpowiedzi na powyższe Przystępujący w piśmie z dnia 31 lipca 2014 r. udzielił Zamawiającemu stosownej odpowiedzi, wskazując, że złożył oświadczenie o udostępnieniu potencjału Elektrobud Sp. z o.o. (dawniej: Andrem Sp. z o.o., załączając postanowienie o zmianie nazwy firmy) w celu wykorzystania przez Przystępującego wiedzy i doświadczenia Elektrobud Sp. z o.o. zdobytego podczas zrealizowanych zadań zgodnie z wymogami niniejszego postępowania. Podkreślił, że przedłożył dokumenty uzupełniające dotyczące Elektrobud Sp. z o.o. w celu uwiarygodnienia podmiotu udostępniającego. W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 1 sierpnia 2014 r. wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego Elektrobud Sp. z o.o., wskazując, że zawarte w ofercie Przystępującego oświadczenie nie pozwala na stwierdzenie, czy wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Jednocześnie też - wskazując na pkt 1.7 rozdziału V SIWZ i podkreślając, że jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu będzie polegał na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wykonawca przedkłada określone dokumenty podmiotowe odnoszące się do tego podmiotu -

zażądał przedstawienia tych dokumentów przez Przystępującego. W odpowiedzi na powyższe Przystępujący przy piśmie z dnia 5 sierpnia 2014 r. przedłożył Zamawiającemu zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia z dnia 21 lipca 2014 r., wskazując w jego treści nazwę niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i na okoliczność udostępnienia Przystępującemu niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia dodatkowo podając, że udostępnienie to nastąpi:

- „w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia
- poprzez doradztwo, konsultacje, weryfikację dokumentacji
- na zasadzie współpracy z Konsorcjum Wykonawców na podstawie umowy o współpracy
- przez cały okres niezbędny do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.”

Do wskazanego pisma dołączono także dokumenty podmiotowe odnoszące się do wskazanego podmiotu trzeciego.

Zamawiający pismem z dnia 5 sierpnia 2014 r. poinformował wykonawców, w tym Odwołującego, o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Przystępującego.

Wskazana czynność stała się podstawą wniesienia aktualnie rozpoznawanego przez Izbę odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, co następuje.

Zarzut odwołania dotyczący zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania, zdaniem Izby, potwierdził się.

Zamawiający zaniechał wykluczenia Przystępującego z postępowania w zakresie części pierwszej zamówienia, pomimo iż wskazany podmiot nie wykazał spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, nie udowadniając Zamawiającemu, że będzie w sposób realny dysponował potencjałem podmiotu trzeciego, na zasoby którego Przystępujący powoływał się. Wskazane wykluczenie z postępowania powinno nastąpić w oparciu o dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Pierwszy z wymienionych przepisów ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przepis ten nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu w ofercie, a najpóźniej w toku czynności badania i oceny ofert (w przypadku trybów wieloetapowych – we wniosku

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a najpóźniej w toku oceny tych wniosków) spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym także warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. warunku wiedzy i doświadczenia opisanego przez Zamawiającego w SIWZ w niniejszym postępowaniu. Wykazanie spełniania tych warunków następuje poprzez przedłożenie zamawiającemu właściwych, wymaganych w danym postępowaniu dokumentów. Zasadą wynikającą z regulacji ustawy Pzp jest posługiwanie się dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu potencjałem własnym wykonawców. Jeśli jednak wykonawca takim potencjałem nie dysponuje może posłużyć się w tym zakresie także potencjałem podmiotu trzeciego na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przepis ten w aktualnym brzmieniu stanowi o możliwości powoływania się przez wykonawcę na określony potencjał podmiotu trzeciego niezależnie od charakteru prawnego łączących podmiot trzeci z wykonawcą stosunków. Ustawodawca wskazał jednakże, że w takiej sytuacji do obowiązków wykonawcy należy udowodnienie zamawiającemu okoliczności dysponowania takim zasobem podmiotu trzeciego, który jest niezbędny do realizacji zamówienia, wskazując na szczególny dowód, mianowicie pisemne zobowiązania podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Przepis ten – podobnie jak art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - wskazuje na określony ciężar dowodowy wiążący się z wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu przy udziale (pomocy) podmiotu trzeciego, właśnie przez wykonawcę. Z tych też względów zamawiający nie ma uprawnień do przyjmowania w tym zakresie jakichkolwiek domniemań czy założeń – musi mieć pewność, że wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a także, iż wykazał dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego.

Przy korzystaniu z potencjału podmiotu trzeciego wykonawca dodatkowo – stosownie do przywołanej regulacji – ma obowiązek wykazania zamawiającemu, że będzie dysponował udostępnianym mu potencjałem podmiotu trzeciego w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe – zdaniem Izby - wprost wynika z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że interpretacja tego przepisu uległa znaczącej zmianie po wejściu w życie rozporządzenia w sprawie dokumentów w 2013 r. Zmiana ta miała istotne znaczenie także dla praktyki orzeczniczej związanej z interpretacją art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Rozporządzenie to w § 1 ust. 6 wskazuje na badanie przez zamawiającego możliwości rzeczywistego dostępu do zasobów podmiotu trzeciego przez wykonawcę w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Regulacja ta przewiduje możliwość żądania w tym zakresie także dodatkowych dokumentów i informacji od wykonawców, w tym w szczególności dotyczących:

- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego;

- sposobu wykorzystania tych zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia;
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim;
- zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia.

Powyższe wyraźnie wskazuje, że wykonawca powinien wykazać zamawiającemu, że będzie w stanie dysponować udostępnianym mu w sposób konkretny i realny, określonym potencjałem w trakcie realizacji zamówienia. Z tych też względów konieczne w danych okolicznościach może okazać się wykazanie konkretnego sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego czy też nawet kwestii udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia. Dopiero ocena dokumentów odnoszących się co najmniej do w/w okoliczności może potwierdzić zamawiającemu fakt, że dany wykonawca w sposób obiektywny i faktyczny będzie miał realną możliwość korzystania z udostępnianego mu przez podmiot trzeci potencjału w trakcie realizacji zamówienia. Nie może to być zatem tylko pozorne udostępnienie wykonawcy w trakcie prowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego określonych dokumentów, potwierdzających, np. uzyskanie w ramach konkretnego wykonawstwa wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego i formalnie podpisanego zobowiązania o udostępnieniu tego doświadczenia wykonawcy, lecz realna możliwość korzystania z określonych umiejętności danego podmiotu potwierdzonych konkretną praktyką.

Przenosząc powyższe rozważania na niniejszą sprawę Izba stwierdziła, że zobowiązanie podmiotu trzeciego firmy Elektrobud Sp. z o.o. załączone do oferty Przystępującego w żadnej mierze nie mogło być uznane za wypełniające przywołane powyżej wymogi wskazanych przepisów. Zobowiązanie miało bowiem charakter ogólny. W treści zobowiązania załączonego do oferty Przystępującego wskazany podmiot stwierdzał jedynie, że udostępni Przystępującemu określoną wiedzę i doświadczenie z wymienionymi tam w ramach przedstawionego w treści oferty wykazu wykonanych robót. Z tych też względów zasadne było żądanie przez Zamawiającego uzupełnienia dokumentów, skierowane do Przystępującego przez Zamawiającego w oparciu o dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ocena uzupełnionego przez Przystępującego w wyniku wskazanego wezwania zobowiązania także nie potwierdza, zdaniem Izby, aby Przystępujący mógł realnie korzystać z potencjału wiedzy i doświadczenia firmy Elektrobud Sp. z o.o. Potencjał ten ma bowiem z natury rzeczy charakter ściśle związany z podmiotem, który ma prawo się nim posługiwać. Z tych też względów, mając także na uwadze przedmiot niniejszego zamówienia publicznego, tj. wykonanie określonych robót budowlanych, aby istniała realna możliwość korzystania przez wykonawcę z zasobów podmiotu trzeciego, koniecznym byłby w tym konkretnym przypadku udział wskazanego podmiotu przy realizacji zamówienia. Na taki

udział w realizacji zamówienia jednak przedłożone Zamawiającemu zobowiązanie podmiotu trzeciego nie wskazuje. W zobowiązaniu tym mówi się – jeśli chodzi o udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, czy też zakres dostępnych wykonawcy wskazanych zasobów – o doradztwie, konsultacjach i weryfikacji dokumentów. Takowe czynności – zgodnie z opisem przedmiotu niniejszego zamówienia (rozdział II pkt 3 SIWZ) – nie zostały objęte realizacją części pierwszej zamówienia, stąd też nie można mówić o faktycznym wykorzystaniu zasobów podmiot trzeciego przez Przystępującego w trakcie wykonywania przedmiotu niniejszego zamówienia. Izba, biorąc powyższe pod uwagę, oceniła wskazane zobowiązanie jako ogólne, złożone jedynie na potrzeby spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie gwarantujące wykonawcy pewność korzystania z potencjału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia. Przystępujący tych okoliczności nie wykazał. Oczywiście istnieje możliwość wykazania wskazanych okoliczności przy pomocy pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, niemniej jego treść – w świetle przywołanych przepisów – powinna wskazywać tak na realne zobowiązanie podmiotu trzeciego do faktycznego udostępnienia wykonawcy określonego zasoby, ale także na faktyczną możliwość wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji zamówienia i w celu jego realizacji. W tym zakresie powinien być wykazany także konkretny zakres wiedzy i doświadczenia (konkretne umiejętności potwierdzone praktyką), który jest niezbędny do wykonania tego zamówienia i sposób jego wykorzystania, także łączący się z realizacją danego zamówienia. Istotny w tym względzie może być także charakter stosunków, który będzie łączył te dwa podmioty i tu zgodzić należy się z Zamawiającym, iż wykonawca nie musi przedstawić w tym względzie na etapie ubiegania się o zamówienie konkretnej umowy czy porozumienia z podmiotem trzecim, o ile wskazane powyżej okoliczności zostaną wykazane innymi dowodami, choćby treścią zobowiązania podmiotu trzeciego. W przedmiotowej sprawie treść zobowiązania ma charakter ogólny i nie wykazuje wskazanych okoliczności.

Izba nie podzieliła także twierdzeń Zamawiającego o tym, iż z przedłożonych przez Przystępującego innych dokumentów poza zobowiązaniem podmiotu trzeciego wynika zobowiązanie się podmiotu trzeciego do faktycznego podwykonawstwa w niniejszym postępowaniu przez podmiot trzeci. Powyższego, zdaniem Izby, nie potwierdził ani Przystępujący swoim oświadczeniem, ani też co w takiej sytuacji ma znaczenie dla wykazania realności dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego – sam podmiot trzeci. Z treści oświadczenia o podwykonawstwie zamieszczonego w ofercie Przystępującego (str. 183 oferty) nie można w żaden sposób wywodzić, że firma Eletrobud Sp. z o.o. będzie wykonywać określony fragment zleczanych przez Przystępującego robót. W treści tego oświadczenia złożonego przez Przystępującego wskazano tylko określne roboty, które Przystępujący planuje podzlecić podwykonawcom nie wskazano jednak jakiej firmie ten

podmiot planuje powyższe zlecić. Także podmiot trzeci w treści swoich zobowiązań (złożonego w ofercie i uzupełnionego w wyniku wezwania Zamawiającego) w ogóle nie wskazywał na jakikolwiek zakres prac, który miałyby ewentualnie wykonywać w niniejszym zamówieniu firma Eletrobud Sp. z o.o., czy też samego faktu podwykonawstwa firmy Elektrobud Sp. z o.o. Także argumentacja Zamawiającego, że złożone przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego dokumenty podmiotowe potwierdzają, że firma Elektrobud Sp. z o.o. będzie wykonywać określony zakres robót w ramach niniejszego zamówienia, zdaniem Izby, nie potwierdza powyższego. Przedłożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty potwierdzają jedynie brak podstaw do wykluczenia z postępowania firmy Elektrobud Sp. z o.o. z powodów odnoszących się do sytuacji publicznoprawnej tego podmiotu, gdyby ta firma składała ofertę w postępowaniu. Złożenie tych dokumentów także może jedynie potwierdzać, że takimi dokumentami firmy Elektrobud Sp. z o.o. Przystępujący dysponował; nie można jednak z powyższego faktu domniemywać innej okoliczności – udziału w realizacji, choćby części przedmiot zamówienia przez Elektrobud Sp. z o.o., bowiem ta okoliczność powinna być wykazana Zamawiającemu przez wykonawcę, a nie domniemywana i wywodzona w sposób pośredni i niejako „na wyrost” przez Zamawiającego. To, że Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia wskazanych dokumentów podmiotowych odnoszących się do podmiotu trzeciego przywołał określone zapisy SIWZ, odpowiadające regulacji § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, nie może potwierdzać, że podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia. Taką okoliczność można byłoby co najwyżej domniemywać, a jak wskazano powyżej, taki sposób wykazywania dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego wobec ciężaru dowodowego spoczywającego w tym względzie na wykonawcy jest – zdaniem Izby – nieuprawniony.

Co do powiązań osobowych, na które wskazywali tak Zamawiający, jak i Przystępujący, to – zdaniem Izby - mogłyby one potwierdzać co najwyżej charakter stosunków łączących podmiot trzeci z wykonawcą. Podkreślić jednak należy, że wykazywane powiązania osobowe nie mają w tym względzie żadnego znaczenia. W tym przypadku mamy do czynienia z dwoma spółkami, w których istotny jest kapitał, zaś okoliczność, że jedna i ta sama osoba jest prezesem zarządu jednej spółki, zaś w przypadku drugiej spółki jest jej pełnomocnikiem, nie może samodzielnie stanowić podstawy do uznania, że konkretna wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego będzie w określony sposób wykorzystywana przez wykonawcę w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Zamawiającego, stosownie do wyniku postępowania.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 20 000 zł;

oraz na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) wskazanego rozporządzenia - koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby w wysokości 601,77 zł;
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....